

SISTEMA PROCESSUAL PENAL E A GARANTIA FUNDAMENTAL DA IMPARCIALIDADE DO ÓRGÃO JULGADOR

Fábio M. Giansante

Sumário: Capítulo 1 - A sistematização do processo penal. 1.1. Conceitos e características fundamentais. 1.2. Espécies de sistemas processuais. 1.2.1. Sistema inquisitório. 1.2.2. Sistema acusatório. 1.2.3. Sistema misto. Capítulo 2 - A constitucionalização do processo. 2.1. Sistema Pós Moderno. 2.2. Análise dos aspectos legais dos poderes instrutório do Órgão Julgador. 2.3. A iniciativa instrutória e a vertente substancial da imparcialidade. Capítulo 3 - Mecanismos de controle. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho aborda em linhas gerais as espécies de sistemas penais tradicionais: i) inquisitório, ii) acusatório e iii) misto; passando-se para a análise da sistematização do processo penal na Pós Modernidade atrelada as características de um Estado Democrático de Direito, em especial no respeito aos direitos fundamentais. Abandona-se a visão do processo como mero instrumento do direito material, o processo penal constitucional tem função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais. Nesse sentido o respeito à imparcialidade, enquanto garantia fundamental individual do acusado, é essencial para a legítima aplicação da sanção penal. Apresenta-se ao final os mecanismos de controle para adequar os dispositivos legais que auferem os poderes instrutórios do órgão julgador a essa nova ordem.

Palavras-chave: Sistema processual penal. Garantia fundamental. Imparcialidade. Verdade. Poderes instrutórios. Constitui-

ção.

Contents: Chapter 1 - Criminal proceedings systematization. 1.1. Concepts and fundamental characteristics. 1.2. Procedural systems species. 1.2.1. Inquisitorial system. 1.2.2. Accusatory system. 1.2.3. Mixed system. Chapter 2 - Constitutionalisation of the process. 2.1. Post Modern System. 2.2. Judging probatory powers legal aspects analysis. 2.3. Probatory initiative and its impartiality substantial aspect. Chapter 3 - Control Mechanisms. Conclusion. Bibliography.

Abstract: This paper discusses in general terms the types of traditional criminal justice systems: i) accusatory, ii) inquisitorial and iii) mixed; then focusing the criminal systematization proceedings in the post Modernity pegged by the characteristics of a Democratic State of Law, particularly in the regard to fundamental rights. Abandoning the vision of the process as a mere instrument of substantive law, constitutional criminal procedure have the function of guarantee the effectiveness of fundamental rights. In respect to impartiality, while as individual fundamental guarantee of the accused, is essential to the legitimate application of criminal sanction. At the end, it presents control mechanisms to adapt legal devices that support judge's probatory powers to this new order.

Keywords: criminal procedure System. Fundamental guarantee. Impartiality. Truth. Probatory powers and Constitution.

CAPÍTULO 1 - A SISTEMATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL.

1.1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS FUNDAMENTAIS.



construção de uma visão sistemática do processo penal está umbilicalmente ligada à busca por legitimar as sanções privativas da liberdade individual dentro de critérios racionais. Pretende-se, dessa forma, criar uma sensação social de que com um discurso jurídico penal científico e analítico faz-se impossível a manipulação deste instrumento para atender interesses pessoais de poderosos¹.

Gnosiologicamente² entende-se o sistema³ processual penal como um conjunto organizado em classes⁴ coordenadas, com base em critérios claros e logicamente delimitados, estabelecendo pontos de similitude que relacionados entre si possuem uma identidade comum.⁵

¹ Aquele que detém o poder de fato, o poder ideológico, o poder econômico e subvertem o direito para construir uma verdade conforme seus interesses pessoais, vez que no sistema jurídico somente o evento vertido em linguagem jurídica é que produzirá efeitos. FOUCUALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2008.

² Gnosiologia trata-se de um conceito mais amplo do conhecimento, origem em “*doxa*” que significa crença, opinião é também denominado de estudo do conhecimento (relação entre sujeito e objeto) feito a partir do sujeito. Já Epistemologia remete-se a um termo mais restrito que a Gnosiologia, restringe-se a um conhecimento mais refinado, qualificado como o saber científico, vem das palavras “*episteme*” conhecimento científico, mais “*logos*” que significa estudo, pensamento e reflexão. Assim a diferença está no campo material, vez que a epistemologia realiza um verdadeiro corte no estudo do conhecimento, restringindo sua análise apenas aos conhecimentos científicos. CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008: item 2.1., Capítulo II, Primeira Parte. E TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005, capítulo I, itens 1.1 a 1.9 e 1.9.3.

³ CARVALHO, Paulo de Barros. Sistema equivale á forma lógica mais racional, estrutura lógica mais complexa, forma das formas – aula ministrada no dia 06 de Março de 2012 no curso de Mestrado PUC/SP – Disciplina Filosofia do Direito.

⁴ CARVALHO, Paulo de Barros. Teoria das classes surge para organizar o pensamento, tendência inata a nosso cérebro de colocar ordem no caos, delimitar o campo de aplicabilidade determinados conceitos – aula ministrada no dia 24 de Abril de 2012 no curso de Mestrado PUC/SP – Disciplina Filosofia do Direito e CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*. São Paulo: Noeses, 2008: item 2.6, Capítulo II, Primeira Parte.

⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2003, pg. 34.

Tradicionalmente se estrutura os sistemas processuais penais em três bolsões distintos⁶: i) inquisitório, ii) acusatório e iii) misto, os quais comparados entre si levam a constatação da existência de princípios e elementos processuais específicos alocados dentro de cada círculo que conota⁷ uma verdadeira unidade, estas interligadas de forma sistêmica.⁸

Esta distinção tradicional permite, inicialmente, a avaliação dos princípios e instrumentos inerentes a cada tipo de sistema processual, em especial a análise dos sistemas ligados à origem dos poderes instrutórios do órgão julgador.

O objetivo é verificar se a forma proativa de proceder dos magistrados brasileiros, cada vez ganhando mais espaço na praxe jurídica, adapta-se a uma persecução penal adequada ao Estado Democrático de Direito.⁹

A opção pela forma tradicional de sistematização do processo penal conduz à adoção de duas conclusões, como consequências necessárias dos critérios elegidos para realização desta abordagem comparativa: i) a primeira relaciona-se com o denominado “sistema antropológico”, adotado por alguns como sistema autônomo, porém nesse trabalho não será assim considerado já que na realidade não pode ser visto como uma postura processual penal independente, assemelhando-se mais com uma posição doutrinária pontualmente construída pela Escola Positivista Italiana do final do século XIV¹⁰, o que permite

⁶ Concluir que algo é distinto na verdade é muito relativo, pois na realidade vai depender dos critérios elegidos pelo sujeito cognoscente para realizar a abordagem racional, do contexto que esta abordagem se deu, sendo que nada impede que em alterando o sistema de referência outra conclusão completamente contraditória seja alcançada.

⁷ Conotar é apontar as notas para se chega a um conceito, indica critérios de uso – Paulo de Barros Carvalho – Aula ministrada no dia 24 de Abril de 2012 no curso de Mestrado da PUC/SP – Disciplina Filosofia do Direito.

⁸ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 34.

⁹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 35.

¹⁰ Segundo obra de João Mendes de Almeida Júnior são expoentes máximos deste quarto sistema, denominado de antropológico Garafalo, Ferri e Lombroso, tendo

dizer que se trata de mera casuística¹¹; ii) a segunda relaciona-se com os intitulados “sistema adversarial” e “sistema inquisitorial”¹², largamente difundidos entre os países de colonização inglesa, estes também não serão alocados em bolsões próprios dentro dos critérios lógicos de distinção adotados nesta pesquisa. Na realidade se enquadram como ramificações do sistema acusatório e inquisitivo respectivamente, vez que racionalmente possuem identidade comum na postura processual penal do órgão julgador desses sistemas.

1.2. ESPÉCIES DE SISTEMAS PROCESSUAIS.

1.2.1. SISTEMA INQUISITÓRIO.

O *nomen iuris* do sistema inquisitório decorre do período da inquisição em que os poderes investigatórios, acusatórios e decisórios eram cumulados nas mãos de um único órgão, normalmente denominado de inquisidores, permitindo que o ato decisório fosse proferido mediante a concepção de juízos prematuros de convicção, vez que a imparcialidade exigida aos julgadores restava prejudicada pela verificação de uma postura processual penal proativa na condução da investigação, acusa-

como postura processual prevalente: a abolição do júri; a mera necessidade de magistrados terem formação sociológica, fisiológica e antropológica; a ação penal exercida exclusivamente pelo poder público; a previsão da publicidade e oralidade restringida à análise probatória dos antecedentes e sinais antropológicos, vez que a instrução seria secreta e escrita; restrição a recursos; tendo por fim a aplicação matemática da eliminação, caso considerado criminoso nato e internação em estabelecimento especial, caso não fosse criminoso nato. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite.* pg. 36.

¹¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite.* pg. 37.

¹² ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite.* pg. 36 “Assim embora as expressões inquisitórias e inquisitoriais guardem certa equivalência, para efeitos do presente trabalho, ficou a primeira restrita à classificação de sistemas processuais penais em acusatório, misto e inquisitório. Já a segunda foi relegada para classificação usualmente utilizada pelos doutrinadores anglo-saxões – *inquisitorial* e *adversarial* – doravante referida como inquisitorial e “adversarial”.

ção, marcha processual e julgamento.¹³

Essencialmente associado aos Estados Absolutistas¹⁴ esta postura processual penal é flagrantemente violadora das garantias fundamentais de um Estado Democrático de Direito. Historicamente foi percebida durante a Roma Imperial e preponderantemente na Europa Continental do século XII até o século XVIII.¹⁵

Na Inglaterra o sistema inquisitório desenvolveu-se sobre o rótulo do “sistema inquisitorial”¹⁶, o que não os fazem na essência distintos. Ainda que este tenha como característica marcante o impulso oficial, a postura processual penal adotada na atuação do juiz na condução da investigação: intimando testemunhas, fixando os objetos de inquirição e o conteúdo da indagação é flagrantemente violadora do princípio da imparcialidade do órgão decisório, concluindo-se por uma identidade comum ao sistema inquisitório e, portanto, deve ser alocada no mesmo bolsão.¹⁷

Ressalta-se, ainda, que a nomenclatura sistema inquisitivo¹⁸ adotada por alguns doutrinadores (Demercian) tem o mero

¹³ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pg. 36 e 39.

¹⁴ O Apogeu da idade moderna foi o Estado Absolutista, com a rainha Elizabeth I (1533-1603) Inglaterra e na França com o rei sol Luís XIV (1638 – 1715).

¹⁵ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 37.

¹⁶ Segundo obra de Marcos Alexandre Coelho Zilli. *Op. Cite*, pg. 42 “são aspectos processuais penais integrantes do sistema inquisitorial: Procedimento fundado na produção forçada de confissões mediante emprego de tortura; Sistema que impõe ao réu ônus da prova de sua inocência; Sistema no qual a autoridade judicial, mais que as partes, tem responsabilidade de eleger os fatos relevante.”

¹⁷ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 43.

¹⁸ Segundo obra de Marcos Alexandre Coelho Zilli são aspectos processuais penais integrantes do sistema inquisitivo: i) Hierarquização da jurisdição: invariavelmente, o monarca é o depositário da jurisdição penal, que a delega a funcionários subordinados, que a exercem em seu nome; ii) Presença do inquisitor: o poder de acusar e perseguir é exercido pelo mesmo órgão que também é encarregado de julgar; o acusado é tratado como um objeto da perseguição e não um, sujeito de direito; iii) O procedimento consiste numa investigação secreta, escrita e descontinua; iv) No campo probatório, impera o sistema das provas legais. Ou seja, a valoração das provas atende a rigorosos critérios que podem afastar ou reconhecer um fato como

intuito de focar a origem do *nomen iuris* aos *quaesitores* romanos, pessoas encarregadas pelo Senado de investigar delitos de natureza especial¹⁹ sem que, contudo, novamente se possibilite a distinção deste sistema com o inquisitório dentro de critérios lógicos de comparação. Isto porque a postura processual penal assumida em ambos os sistemas acabam por reduzir a intensidade de concreção da garantia individual e fundamental do acusado, principalmente na esfera penal, à imparcialidade do órgão decisório.

1.2.2. SISTEMA ACUSATÓRIO.

Historicamente o sistema acusatório²⁰ predominou na Roma Republicana e na Idade Média até o século XIII²¹, esta postura processual penal desenvolvida durante este período em muito se adapta as exigências de um Estado Democrático de Direito, ainda que possam contrariar a celeridade exigida pela sociedade pós-moderna²², devido ao prestígio necessário das

elemento hábil para a formação de convicção; v) O sistema de recursos reflete diretamente a forma hierarquizada de organização da jurisdição penal. Da mesma forma que o monarca delega aos seus subordinados, parcela da jurisdição que por eles é exercida, esta lhe é inteiramente devolvida quando do exame e julgamento do recurso. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 40.

¹⁹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 27.

²⁰ Segundo obra de Marcos Alexandre Coelho Zilli são aspectos processuais penais integrantes do sistema acusatório: i) Jurisdição penal é exercida, essencialmente, por tribunais populares, posicionando-se o julgador como árbitro imparcial entre acusação e acusado; ii) a persecução penal é exercida por uma pessoa física que não possui qualquer vínculo com órgãos oficiais de persecução; iii) o acusado é considerado como sujeito de direitos estando, pois, em posição de igualdade frente ao acusador; iv) o procedimento desenvolve-se mediante um debate público, oral, contínuo e contraditório; v) na valoração da prova, impera o sistema do livre convencimento, não estando os juízes subordinados a regras específicas e rígidas, quanto à valoração das provas apresentadas; vi) a sentença é resultado de uma votação, que pode tomar por base a vontade expressada pela maioria ou pela unanimidade dos julgadores. ²⁰

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 38 e 39.

²¹ ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 36.

²² Sociedade pós-revolução industrial, apontada pelo sociólogo Ulrich Beck como

garantias individuais no processo penal.

Segundo Pedro Henrique Demercian “*É certo, ainda, que, à medida que se diminuem os poderes “de ofício” do juiz, vedando-lhe, v.g., a iniciativa da ação – ou qualquer outro procedimento persecutório – mais nos aproximamos do sistema acusatório puro...*”²³.

Esta postura processual aponta os juízos prévios de convicção como principal fator de contaminação da neutralidade exigida aos magistrados no processo de conhecimento das questões jurídicas de natureza penal, acabando por culminar num direcionamento, ainda que sem intenção, na busca por provas que justifiquem e embasem aquela convicção inicialmente formulada²⁴.

É neste sentido que efetivamente não representa um contraponto ao sistema acusatório o sistema adversarial²⁵, este tem como premissa fundamental o pleno envolvimento das partes na condução da marcha processual, sustentação de uma disputa bilateral²⁶ pela concessão de igualdade de oportunidade e de limitações²⁷, de forma que a atuação instrutória do juiz fica

sociedade do risco.

²³DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 25.

²⁴ “Imagina primeiro a solução que irá efetivamente dar ao caso, mas só depois de encontrada a solução por esta forma é que irá procurar dispositivos legais e autoridades doutrinárias ou princípios de direitos para fundamentá-la. Esta forma de raciocínio foi confessada por juízes da envergadura de Bártolo, Hutcheson, Kent, Cardozo e é aceita como correta por Jerome FrankLlewellyn, Dualde, Recasens Siches, etc.” Ela contraria totalmente a doutrina clássica que vê na sentença um silogismo. A *Psicologia do Juiz*. Luiz Guilherme Marques, lgm@artnet.com.br, 2004, pg. 06.

²⁵ “As partes processuais detêm, assim, tanto o poder de investigar os fatos, como o de instruir o feito, inquirindo testemunhas, consultando peritos e até mesmo determinando o que será objeto de indagação.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 44.

²⁶ “... mas também das diversas reações apresentadas pelas testemunhas. E é por isso que os tribunais superiores, ao invés de se pautarem na frieza dos registros escritos, tendem a emprestar maior valor às decisões dos juízes e jurados, justamente porque tomaram este contato direto com as testemunhas e seus depoimentos”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 48.

²⁷ “É inegável, contudo, deter a acusação, diversamente da defesa, todo um aparato

amplamente restringida, demonstrando uma posição de verdadeira neutralidade e passividade, retirando qualquer possibilidade de que o ato decisório seja proferido mediante a concepção de juízos prematuros de convicção²⁸.

Percebe-se, assim, que o sistema adversarial²⁹ tem como grande preocupação a rígida separação das funções de valoração e de julgamento com as de investigação e de colheita de provas, o que o faz na essência um sistema prestigiador da imparcialidade do órgão julgador tal como se pretende no sistema acusatório.

Portanto a principal característica do sistema acusatório é a imparcialidade substancial do órgão julgador que deve durante todo o transcurso da marcha processual penal se manter equidistante.

1.2.3. SISTEMA MISTO.

Com as expansões napoleônicas os ideais do iluminismo foram proliferados por toda Europa continental fazendo com que uma postura processual penal surgisse a partir da reunião, dentro de um mesmo instrumento persecutório, de elementos típicos do processo acusatório mesclados com outros próprios do inquisitório, tradicionalmente denominado de sistema mis-

de órgãos encarregados de concretizarem a investigação. Tal desequilíbrio é compensado, todavia, com a concessão de outras oportunidades à defesa...". ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 44.

²⁸ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 26 e ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 44.

²⁹ Os críticos do sistema "adversarial" apontam os abusos no controle das partes sobre a instrução ao invés de guiarem o julgador para obtenção de uma verdade, propiciam mais dúvida, visto que o enfoque é assegurar estritamente as regras do jogo, bem como a excessiva morosidade que o procedimento pode assumir pela dialética das provas orais e a impossibilidade material de igualdade das partes devido condições financeiras e ou estruturais. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 49/51.

to³⁰.

Segundo Demercian “*É certo, de qualquer forma, que ele se desenvolve de maneira escalonada e bipartida. A primeira fase – a instrutória – é secreta e escrita, presidida por um juiz “armado de poderes inquisitivos”. Na segunda fase – a contraditório – em que se dá o julgamento propriamente dito, admite-se o amplo exercício do direito de defesa, com todas as garantias a ele inerentes*”³¹.

Em razão desta feição é que equivocadamente alguns doutrinadores sustentam a adoção pelo ordenamento jurídico pátrio do sistema processual penal misto, entretanto não se adota um juiz armado de poderes persecutórios na primeira fase, a qual é presidida por um delegado de polícia dotado de atribuição e não jurisdição³².

CAPÍTULO 2 - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PRO-

³⁰ Segundo obra de Marcos Alexandre Coelho Zilli são aspectos processuais penais integrantes do sistema misto: i) A jurisdição penal é exercida por tribunais, reconhecendo-se, em alguns casos, legítima a participação popular; ii) A persecução penal é exercida, na maioria dos casos, por um órgão público; iii) O imputado é considerado um sujeito de direitos e sua posição jurídica, durante o processo, é a de um inocente até que venha a ser considerado culpado; iv) O procedimento traduz os interesses públicos de perseguir e de impor a sanção penal ao agente, assegurando-lhe, outrossim, o respeito à sua liberdade. Em regra é iniciada por uma investigação preliminar, a cargo do Ministério Público ou Juiz de Instrução e cujo objetivo é a coleta de elementos necessários para o embasamento de uma acusação. Segue-se a ele um procedimento intermediário no qual julga se a viabilidade da acusação e, finalmente, pelo procedimento principal que é ultimado com a prolação de uma sentença absolutória ou condenatória; v) O tribunal pode ser composto por juízes leigos e profissionais ou apenas juízes profissionais, adotando-se o sistema do livre convencimento; vi) As decisões são recorríveis.” ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 41 e 42.

³¹ DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 27.

³² “No Brasil, respeitadas as judiciais opiniões em sentido contrário (Nucci, 1997, p. 147), o processo tem estrutura acusatória, e a previsão de uma fase investigatória preliminar não lhe retira essa conotação.” DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 27.

CESSO.

2.1. SISTEMA PÓS MODERNO.

Segundo obra de Marcos Alexandre Coelho Zilli o sistema processual penal pós-moderno decorre necessariamente da análise conjunta da estrutura de Estado³³ e das formas de manifestação da autoridade³⁴. Para o autor a formatação do processo penal abandona a tricotomia tradicional (inquisitório, acusatório e misto), adotando como critério a análise da preponderante/mínima atuação instrutória do órgão decisório no desenvolvimento do processo penal.

Segundo o autor o processo penal pode figurar como instrumento de: a) implementação política³⁵: mediante uma organização hierárquica da autoridade³⁶ ou uma organização coor-

³³ Segundo os dizeres do autor: “Seguindo tais premissas, a preocupação de um Estado ativista seria a de implementar e executar políticas de bem estar social.” E complementa afirmando “...,insere-se o Estado denominado reativo, que apenas fornece os meios pelos quais possam os cidadãos atingir aqueles objetivos considerados livremente por eles como essenciais”. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 56.

³⁴ O autor toma como ponto de partida a existência de dois ideais de autoridade dentro de um governo: o hierárquico e o coordenado. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 53.

³⁵ O processo judicial na estrutura de Estado Ativista envolve o monopólio da marcha processual pelo poder público, estruturado com instrumentos catalizadores de possibilidades de efetivar as decisões. O envolvimento das partes dependerá de certas ocorrências, podendo o órgão julgador figurar como mero observador ou até mesmo se encarregar de encetar atividades investigativas, controlando a marcha processual, sempre na busca pela exatidão do resultado. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 58 e 59.

³⁶ O processo penal é desenvolvido na sucessão metódica de fases, organizadas com a atuação de diferentes escalões de oficiais públicos, tais como a Polícia Judiciária e o Ministério Público, o julgamento depende da colheita gradativa de elementos de convicção, sendo inviável um julgamento em sessão única razão pela qual o formalismo do registro escrito é necessário. O órgão decisório neste procedimento esta longe de atuar como um mero observador o que inevitavelmente contamina sua imparcialidade na valoração do julgamento. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 65/67.

denada da autoridade³⁷ e b) processo penal de solução de conflitos:³⁸ mediante uma organização hierárquica da autoridade³⁹ ou uma organização coordenada da autoridade⁴⁰.

Portanto, atualmente, mais importante que sistematizar o processo penal ou que classificá-lo em acusatório, inquisitivo ou misto é entender que a realidade jurídica brasileira mudou radicalmente, adotando uma nova ordem normativa⁴¹ inaugu-

³⁷ A coleta probatória é encarregada a pessoas estranhas ao quadro dos oficiais estatais, não sendo formalizada por registros escritos, todavia sempre que a exatidão do julgamento exigir o órgão decisório deverá determinar aos particulares que tragam aos autos outros elementos de convicção, o que inevitavelmente afeta a imparcialidade exigida a este órgão. É por esta razão que em última instancia o poder de controle da marcha processual permanece em mãos oficiais. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 69/70.

³⁸ O processo judicial na estrutura de Estado Reativo desenvolve-se como uma espécie de competição entre as partes, pautado pela ideologia da autonomia das partes, aquele que melhor desempenho apresentar sairá vitorioso. Assim o órgão julgador é mero observador, prestigiando primordialmente as regras processuais e o equilíbrio de forças, únicas hipóteses que legitimam a atuação do órgão decisório, sem que o princípio da imparcialidade do órgão decisório seja violado. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 61/64.

³⁹ A fase de investigação é fundamental, os elementos de convicção colhidos serviram para fundamentar as decisões, sendo que todo o procedimento é realizado sob a presença de um oficial estatal. Por prestigiar a soberania dos cidadãos a marcha processual recai ao poder privado e o órgão decisório tem sua atuação amplamente mitigada, não sendo tolerada a prática de atos de ofício, figurando a provocação como uma exigência, muito se aproximando da neutralidade e passividade necessárias ao desempenho dessa função. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 67/68.

⁴⁰ O procedimento será conduzido por pessoas leigas, sem subordinação hierárquica e movida pelo exclusivo sentimento de justiça ficando a encargo das partes a coleta dos elementos probatórios que suportem a própria tese, ocorrendo uma tendência em concentra os atos em uma única sessão de julgamento. O órgão decisório somente atuara na preservação da regular atividade preparatória e obediência ao procedimento justo, razão pela qual somente as parte poderão inquirir e apresentar testemunhas, assumindo uma real neutralidade e passividade na postura processual. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *Op. Cite*, pg. 68/69.

⁴¹ Normatividade equivale à exigibilidade e obrigatoriedade, para Miguel Reale esta força decorre do fato de que quando o indivíduo não realiza o comportamento esperado ele foge do grupo e como o homem é um ser social ele quer permanecer no grupo e, portanto, ele age conforme as necessidades do sistema social para permanecer no sistema social.

rada com a Constituição de 1988, passa-se a sobressaltar como questão fundamental para a legitimidade do processo penal a análise da efetivação dos direitos fundamentais no transcurso da marcha processual.

Esta necessidade decorre do novo papel assumido pela atual fase do direito constitucional na era das democracias substanciais⁴², a qual tem como implicação direta uma mudança de paradigma no campo das ciências jurídicas, os fins de todas as áreas do Direito são remodelados para atender aos fins do Estado Democrático, qual seja, de efetivação dos direitos fundamentais de todas as dimensões⁴³.

Assim a relação entre as demais áreas da Direito (Penal, Civil, Administrativo, etc.) com o Direito Constitucional implica que aquelas alberguem necessariamente valores constitucionalmente consagrados. É neste sentido que se discute a constitucionalização do Processo Penal, a normatividade deôntica⁴⁴ faz com que os valores constitucionais passem a operar como vetores a serem atendidos sob a premência de declaração de inconstitucionalidade material, por não perseguir o espírito da constituição, da democracia e da soberania popular.

A forma democrática de estruturar o Estado implica necessariamente em um Processo Penal com finalidade precípua de garantia, ou seja, deve assegurar a efetividade dos direitos fundamentais e somente quando concretizados no processo é

⁴² STRECK, Lenio Luiz. *Heremênutica Jurídica e(m) Crise*. Editora: Livraria do Advogado. Pg. 33/61.

⁴³ A opção pelo *nomem iuris* “dimensões” se deve pelo sentido que a expressão origina no raciocínio, de indicar um todo, aplicado em conjunto e não como a expressão “geração” que aponto o sentido de que a segunda supera a primeira e a terceira a segunda.

⁴⁴ Há certa paridade entre o plano deontológico e axiológico, inclusive, Von Wriqth traz como distinção entre eles a que no âmbito deontológico busca-se o devido, o dever ser; enquanto no âmbito axiológico busca-se o que é melhor, o bom. É com se fosse estabelecido dois blocos emparelhados, de um lado a norma deontológica dividida em regras e princípios; e de outro a norma de valor dividida em regra de valoração e critérios de valoração. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.

que este irá fundamentar com justiça a sentença de culpabilidade, validando a posterior aplicação da sanção de natureza penal.

O processo não existe apenas para instrumentalizar o direito material, ganha existência autônoma com a finalidade de realizar justiça no caso concreto. É por esta razão que parte da doutrina afirma categoricamente que o processo penal é o Direito Constitucional aplicado⁴⁵. Na Pós Modernidade adotamos uma visão holística do Processo Penal.

Permanece perfeitamente aceitável, mesmo numa sociedade pós-moderna, a sistematização do processo penal para fins didáticos, mas o que realmente legitima as sanções de natureza penal e o sistema penal pós-moderno é a plena efetivação das garantias fundamentais no transcurso integral do processo penal.

2.2. ANÁLISE DOS ASPECTOS LEGAIS DOS PODERES INSTRUTÓRIO DO ÓRGÃO JULGADOR.

O fato principal desta análise reside na crescente atuação dos juízes brasileiros na condução de diligências instrutórias: intimando testemunhas, fixando os objetos de inquirição e o conteúdo da indagação, o que é perfeitamente legal diante de uma simples leitura dos seguintes dispositivos processuais penais:

- Artigo 156 do Código de Processo Penal delimita que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício: inciso II - determinar, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”⁴⁶.

⁴⁵ Conclusão da disciplina Teoria Geral do Direito ministrada pelo Prof. Marco Antônio Marques no curso de Mestrado em Direito Processual Penal da PUC/SP – Módulo: 2º semestre 2012.

⁴⁶ Neste ponto cumpre destacar a diferença existente entre a disciplina probatória no processo penal e no processo civil, não há como aplicar pura e simplesmente os

conceitos fixados por este ramo, através de um juízo de igualdade entre as partes que distribuiu de forma paritária o ônus probatório: incumbindo-se ao autor fazer prova quanto aos fatos constitutivos do direito pretendido, enquanto ao réu os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos de tal direito.

Tal transposição ao processo penal mostra-se inócua quando o objetivo passa a ser a busca pela verdade e pela justiça, e não simplesmente a solução de litígios envolvendo, em sua maioria, direitos privados e disponíveis.

Para uma visão tradicional o ônus da prova é aplicado conforme o artigo 156, CPP, a prova da alegação incumbirá a quem a alegar, dispositivo idêntico ao estabelecido no CPC, cabe à acusação provar os fatos constitutivos de seu direito e à defesa provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor. Mas esta visão não mais se impera, modernamente tem-se uma visão constitucional da situação, a prevalência do princípio do estado de inocência faz com que o réu não tenha que provar nada, de modo que o ônus no processo penal cabe ao acusador.

Os fatos constitutivos do direito do autor são aqueles narrados na inicial, seja na denúncia ou queixa, em que se deve narrar e descrever os fatos alegados conforme art. 41, CPP. Para a defesa caberia provar os fatos, impeditivos como no caso do réu alegar a atipicidade; nos modificativo como as excludentes de ilicitude e nos extintivo em que se alega uma extinção de punibilidade.

Segundo uma postura mais radical, afirma-se que não haveria qualquer ônus em matéria probatória de processo penal, cabendo exclusivamente ao juiz esclarecer os fatos levados a juízo, sendo que em caso de dúvida este deverá absolver o réu diante de falta de provas, em respeito ao princípio *in dubio pro reo*, e não como acontece na seara processual civil que o descumprimento do ônus gera, em regra, o prejuízo a parte que incumbia fazer tal prova.

Mas para outra parte da doutrina estes posicionamentos são ultrapassados, o entendimento filiado ao processo penal constitucional, com base no artigo 5º, inciso LVII, Constituição Federal, defende a prevalência do estado de inocência, sendo que o réu apenas tem o interesse de se defender dos fatos alegados contra ele, não acarretando lhe qualquer ônus, ao contrário quem detém integralmente o ônus no processo penal é o acusador. Ainda que a defesa sustente a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos e extintivos e houver fundadas dúvidas sobre sua existência a regra que se impõe é a absolvição do réu com previsão expressa dada pela Lei 11.690/2008 que alterou e acrescentou os incisos VI e VII do artigo 386, do Código Processo Civil, respectivamente, para alguns juristas, inclusive, seria a positivação do princípio do *in dubio pro reo*, como regra de julgamento.

Defende que a falta de demonstração dos fatos alegados deverá resultar em prejuízo a parte que tem o ônus material da prova e, por não haver uma repartição formal quanto à produção probatória, está será atribuída substancialmente ao Ministério Público, ou seja, cabe integralmente a acusação o ônus da prova, não conseguindo trazer aos autos elenco probatório que comprove o alegado na peça acusatória a sentença deverá beneficiar o réu, face à ausência de prova dos fatos constitutivos. FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *Significado da Presunção de Inocência*. Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo:

- Artigo 176 do Código de Processo Penal afirma que: “A autoridade e as partes poderão formular quesitos até o ato da diligência”.

- Artigo 209 do Código de Processo Penal dispõe que “O juiz quando julgar necessário poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes”.

E mais o magistrado conforme estabelecido na exposição de motivos do Código de Processo Penal (item 07 – segundo parágrafo) não é mero expectador na produção das provas, permite-se que este dirija o Processo penal e desempenhe suas funções buscando a verdade real.

Desse modo, *a priori*, estaria perfeitamente legitimada a atuação instrutória do juiz, porém inserindo-a no sistema processual penal constitucional necessita-se de uma harmonização com os demais institutos e princípios processuais penais.

Diante de uma análise minuciosa deste atual panorama da praxe jurídica brasileira é perfeitamente possível indicar que a lei infraconstitucional na realidade suprime, reduz e até mesmo inoculiza a materialização de garantias individuais fundamentais, como o devido processo legal substancial, o contraditório material e especialmente a imparcialidade do órgão decisório.

2.3. A INICIATIVA INSTRUTÓRIA E A VERTENTE SUBSTANCIAL DA IMPARCIALIDADE.

Como a sistematização de um processo penal necessário e adequado ao Estado Democrático de Direito depende necessariamente da efetivação dos direitos fundamentais e como a

Quartier Latin, 2006, p. 326.

No mais, cada parte arca com as consequências de sua inatividade, pela sua inação probatória, assim ainda que o ônus recaia à acusação e o réu não tenha o dever de provar nada, ele sempre terá o interesse, ainda que subsidiário, em produzir a prova, em decorrência do princípio da auto-responsabilidade das partes. Esta visão também já foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no *Habeas Corpus* 73.338/RJ.

imparcialidade⁴⁷ do órgão julgador nada mais é do que um direito individual fundamental do acusado decorrente da vertente substancial do devido processo legal,⁴⁸ faz-se fundamental uma análise constitucional da relação jurídico processual penal (juiz, autor e réu).

Isto porque entendesse que a concretização da vertente substancial do princípio da imparcialidade passa por uma abordagem conjunta à atuação do órgão decisório no desenvolvimento da marcha processual⁴⁹, especialmente no que tange a

⁴⁷ Artigo 10 Declaração Universal dos Direitos do Homem: “Todo homem tem direito em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal”.

Artigo 8º, 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Toda a pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Artigo 5º, inciso XXXVII e LIII, da Constituição Federal: “XXXVII – não haverá juízo ou tribunal de exceção; (...) LIII – ninguém será processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente”.

⁴⁸ Sabe-se que a instrução criminal contraditória, sob a presença do juiz imparcial (*super partes*), já era garantia constitucional, decorrente do devido processo, princípio hoje expresso na CF, art. 5º, LIII a LV e segundo Scarance: Passo importante dado para alargar o universo das garantias individuais constituiu na introdução, nas constituições, em acréscimo às garantias explícitas, da garantia genérica do devido processo legal, posta como uma “garantia inominada”. Serve para que, por meio de construções doutrinárias e jurisprudenciais, se dê assento constitucional a garantias não expressas. O mesmo sucedeu entre nós com a Constituição de 1988; no art. 5º, LIV, declarou que “ninguém será privado da liberdade de seus bens sem o devido processo legal”. Nesse quadro amplo insere-se o devido processo penal, que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal. FER-NANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2010, pg. 44.

⁴⁹ Ao referir-se a condução da marcha processual neste trabalho adota-se como pressuposto a divisão em atos judiciais e atos jurisdicionais, sendo que o primeiro restringe-se a hipótese que mais se assemelham a atos administrativos, tais como a dilação de prazos para conclusão do inquérito penal com o indiciado solto; já os segundo estariam intrinsecamente ligado a condução da marcha processual entendida neste trabalho, são hipóteses em que o órgão julgador atua ativamente na apuração dos fatos, condução das investigações, direcionamentos na acusação para somente

iniciativa instrutória do juiz e o princípio da verdade real, questões que adquirem um relevo ainda maior se devidamente relacionada com a aplicação material do princípio do *favor rei*.

Para solucionar esses questionamentos o juiz estaria autorizado a buscar/criar provas para se certificar de que o indivíduo fala a verdade? Ou o juiz deve se atrelar às provas dos autos em homenagem ao princípio *nemo iudex sine actore* (ninguém é juiz sem autor, não pode haver jurisdição sem um autor que tome a iniciativa) ou *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não pode se movimentar sem que as partes o provoquem; o juiz não age de ofício, sem provocação da parte)?⁵⁰.

Na realidade deve-se entender que no processo penal a verdade real ou material antes de ser um dogma é um mito, devido à impossibilidade de se atingir uma verdade absoluta, tal qual como realmente ocorreu.

Resta, pois, ao processo uma verdade processual, aproximativa, num juízo de probabilidade, tendente à verdade dos fatos combinada com o plano jurídico e cuja aproximação se volta, o máximo possível, para o alcance do necessário teor de justiça, a fim de conceder maior validade e efetividade à medida restritiva da liberdade individual⁵¹.

A verdade obtida através de reconstrução histórica é necessariamente falha. Por isso é natural que a “verdade” a que se chega dentro de um processo seja sempre aproximativa. Em razão da impossibilidade de reconstrução exata dos fatos, seja

ao final proferir um julgamento.

⁵⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal comentado/ Marco Antonio Marques da Silva, Jayme Walmer de Freitas*. São Paulo: Saraiva, 2012, pg. 272.

⁵¹ “Por isso é que o termo 'verdade material' há de ser tomado em seu sentido correto: de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida.” GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

através dos livros de história, seja através da tradição verbal, seja através do processo, tem-se apenas algo que se aproxima do que efetivamente ocorreu⁵².

A verdade processual deve ser considerada como necessariamente aproximativa, considerada em parte como verdade fática e em parte como verdade jurídica.

“(...) verdade fática, enquanto seja comprovável pela prova da ocorrência do fato e de sua imputação ao sujeito inculpatado; verdade jurídica, enquanto seja comprovável por meio da interpretação do significado dos enunciados normativos que qualificam o fato como delito”⁵³.

Neste passo, tem-se que na hipótese de uma persecução penal eivada do vício da inconstitucionalidade, por exemplo, com a obtenção de prova ilícita, o indivíduo acusado, ainda que efetivamente responsável pelo delito imputado, será necessariamente absolvido, com patente desconformidade entre as verdades processual e fática, observando os limites ao processo penal fixado por um Estado Democrático de Direito. Percebe-se, assim, que nem sempre a verdade real será concretizada ao fim da demanda, para dar vez a uma *verdade processualmente válida*⁵⁴.

Também há hipóteses em que outros valores de maior relevância, como a dignidade humana, a licitude dos meios probatórios, a vedação da revisão criminal *pro societate*, entre outros, afastam, como solução de justiça, a então denominada verdade real do processo penal.

Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover, Scarence, Fernandes sugerem o emprego da terminologia *verdade processu-*

⁵² SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, pg. 35.

⁵³ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os Limites da Presunção no Processo Penal. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.

⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarence; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

al ou *verdade real possível* - atingível ou realizável - a qual caracteriza-se pela conformidade do julgado com os fatos apurados no processo, sendo certo, ainda, que dita verdade processual buscar a aproximação tanto quanto possível com a verdade do delito ou verdade do fato criminoso.

Por isso é que o termo 'verdade material' há de ser tomado em seu sentido correto: i) de um lado, no sentido da verdade subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela; ii) de outro lado, no sentido de uma verdade que, não sendo 'absoluta' ou 'ontológica', há de ser antes de tudo uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo preço: uma verdade processualmente válida⁵⁵.

Gabriel Bertin de Almeida indaga se a verdade obtida em um processo é sempre aproximativa, então as condenações dão-se sempre em hipóteses de dúvida? Se vigorar no Direito Penal o império da dúvida a presunção de inocência será então só uma “fachada”?

A resposta só pode ser negativa. Evitar a “ingenuidade epistemológica” e afirmar que toda verdade histórica, inclusive a processual, é aproximativa, não impede que se chegue a um juízo de certeza que permita a condenação. “*Aceitar a limitação da verdade processual, como verdade aproximativa, probabilística, não significa aceitar a dúvida no processo penal como sucedâneo da verdade. Se a verdade processual não conduzir ao convencimento quanto à culpabilidade, prevalece o in dubio pro reo*”⁵⁶.

Assim ainda que no processo penal se busque a verdade real ou material, no momento do julgamento o órgão decisório só pode se valer da verdade processual, devendo a verdade

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 156.

⁵⁶ ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os Limites da Presunção no Processo Penal. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.

processual corresponder à verdade real, que esta seja norte para aquela.

É por esta razão que haverá um maior grau de interferência no princípio da imparcialidade à atuação instrutória do juiz, do que ocorreria com o princípio da verdade real com a assunção de uma postura de neutralidade e passividade do órgão decisório.

Ainda que seja sabido que as partes somente levarão ao processo aquilo que lhe for útil, o que em muito afetaria o alcance da verdade real, esta é na realidade meramente aproximativa, o que nos permite *com mais razão*⁵⁷ atribuir ao princípio da imparcialidade maior peso nesta colisão.

No mais, a busca por igualdade de oportunidades e limitações⁵⁸, confere ao ofício da defesa a prerrogativa da dúvida, princípio do *favor rei*, visando equiparar as oportunidades, vez que ao ofício da acusação é conferido todo o aparato estatal na fase de investigações preliminares. Razão pela qual constatada a insuficiente dos elementos probatórios nos autos e não havendo o convencimento da culpabilidade, ou seja, não alcançada da verdade aproximativa, o órgão decisório deve pautar-se pelo axioma do *in dubio pro reo*⁵⁹, equilibrando assim a força entre as partes processuais⁶⁰.

⁵⁷ Argumento *a fortiori*.

⁵⁸ Nesse sentido Pedro Henrique Demercian afirma que: “É certo, no entanto, que o juiz, no desempenho dessa atividade fiscalizatória e assecuratória da igualdade das partes, não pode avocar para si a função de acusador ou defensor. Ele deve demonstrar pleno domínio dos preceitos constitucionais que norteiam o processo, para saber discernir sua legítima atuação garantidora daquele equilíbrio (estimulando o contraditório, buscando a verdade real etc.) de uma atividade, *a priori*, já comprometida com a condenação ou absolvição. E na prática, como se sabe, nem sempre é possível encontrar-se esse meio-termo.” DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pg. 20.

⁵⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001, pg. 33/35.

⁶⁰ “Aceitar a limitação da verdade processual, como verdade aproximativa, probabilística, não significa aceitar a dúvida no processo penal como sucedâneo da verdade. Se a verdade processual não conduzir ao convencimento quanto à culpabilidade, prevalece o *in dubio pro reo*.” ALMEIDA, Gabriel Bertin de. Os Limites da Presun-

Neste cenário, *com mais razão*⁶¹, a equidistância do órgão decisório ganha relevo no processo penal constitucional, este deve atuar apenas na fiscalização das regras atinentes à instrução criminal, assegurando a efetivação das partes na participação do contraditório e da ampla defesa, mantendo o equilíbrio de forças e a igualdade de oportunidades em prestígio a um devido processo substancial e somente quando estes princípios forem subvertidos é que o juiz deve intervir, entrar em cena e impedir que garantias fundamentais não sejam efetivadas no processo.

Devemos esclarecer desde já que toda iniciativa probatória do órgão julgador não pode ser voltada a acusar, tem que ser uma iniciativa claramente probatória, ou seja, o juiz não pode determinar prova que cabia à acusação, se substituindo no ofício da acusação, tal como vem ocorrendo quando requer provas quanto à materialidade ou ainda aponta testemunhas que não foram sequer mencionadas nos autos. Estas provas são encargos da acusação e se esta não se encarregou de apontá-las, não cabe ao órgão prolator fazê-lo.

Portanto o poder instrutório do juiz será legítimo apenas em caráter excepcional, em raras exceções, como no caso de alguma testemunha arrolada pela defesa ou acusação mencionar a presença de terceiros até então estranhos ao processo e essencial ao deslinde da causa. Estes poderão ser arrolados de ofício pelo próprio órgão decisório para aclarar pontos controvertidos em juízo, sem que a vertente substancial do princípio da imparcialidade seja violada, pois neste caso o juiz está apenas dirimindo uma dúvida legítima.

Isto se deve principalmente ao fato de que a atuação do juiz na condução de diligências instrutórias (intimando testemunhas, fixando objetos de inquirição e o conteúdo da indaga-

ção no Processo Penal. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.

⁶¹ Argumento *a fortiori*.

ção, etc.) ainda que legalmente instituída no ordenamento e aparentemente legitimada pela aplicação do princípio da verdade real no processo penal, quando analisada conjuntamente com os princípios do devido processo legal substancial, do contraditório material e especialmente da imparcialidade do órgão decisório, se demonstra, em regra, colidente e flagrantemente violadora dessas garantias constitucionais individuais fundamentais, determinantes para legitimidade da condenação e posterior imposição da medida restritiva da liberdade, ainda que em casos pontuais sejam justificadas por um sopesamento diverso.

Assim ainda que o juiz não seja mero expectador na produção das provas não pode atuar com parte, pois estaria perdendo a imparcialidade exigida para a análise das questões de natureza penal, vez que na prática é muito difícil distinguir um procedimento persecutório exclusivamente voltado à elucidação dos fatos daqueles direcionados por uma prévia convicção.

CAPÍTULO 3 - MECANISMOS DE CONTROLE.

A velocidade pela qual caminha a sociedade é desproporcional as alterações legais, o que culmina em uma falta de eficácia social⁶² das normas processuais. Esta associação entre distanciamento e dinamismo social coloca em destaque o dever do Estado-Juiz em assegurar uma proteção efetiva aos direitos fundamentais⁶³.

Tendo como partida o caso concreto o juiz deverá “ao dizer o Direito” exercer o controle de constitucionalidade das leis, deixando de aplicar as normas que contrariarem os direitos fundamentais e também conformar o conteúdo de suas decisões aos direitos fundamentais.

⁶² Capacidade de alterar a realidade que não se confunde com a capacidade de produzir efeitos jurídicos – eficácia jurídica.

⁶³ ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Paraná: Edições Podivm, 2006, pg. 155.

Desse modo o magistrado deve interpretar as leis conforme a Constituição, servindo os direitos fundamentais como diretrizes para a interpretação e aplicação das normas materiais e processuais.

Destaca-se, portanto, o dever do juiz em assegurar uma proteção efetiva, não podendo furtar-se em suas decisões de concretizar os direitos fundamentais.

O paradigma interpretativo mudou radicalmente, antes os direitos fundamentais só valiam se estivessem previsto em lei, agora é a lei que vale enquanto assegurar os direitos fundamentais⁶⁴.

Tanto a interpretação Conforme a Constituição *stricto sensu* como a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto são técnicas autônomas de decisão em sede de controle de constitucionalidade e estão previstas na Lei 9.868/99 (art. 28 parágrafo único), mas mesmo antes da edição de tal lei o Supremo Tribunal Federal já aplicava tais técnicas por influência alemã.

Tais mecanismos encontram seu fundamento no princípio da Conservação das Normas (Canotilho) ou Economia do Ordenamento (Jorge Miranda), segundo o qual o intérprete por critérios de razoabilidade deverá assegurar a permanência da norma no ordenamento, ou seja, sempre que possível deve salvar a norma, sem alterar seu texto, cabendo ao intérprete aplicar a interpretação que melhor se coaduna com o sentido da Constituição Federal.

Apesar de tais técnicas serem autônomas o Supremo Tribunal Federal não está preocupado em apontar qual delas foi utilizada, simplesmente refere-se à interpretação conforme a Constituição *Lato Sensu*, a qual abrange as duas modalidades mencionadas.

Dessa forma os órgãos do Poder Judiciário estão vinculados positivamente pelos direitos fundamentais, devendo con-

⁶⁴ ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Op. Cite*, pg. 160.

formar o conteúdo de suas decisões, quer se trate de matéria de direito público, quer de matéria de direito privado, quer seja aplicação de lei material ou processual, às diretrizes de sentido valorativo expresso pelos direitos fundamentais⁶⁵.

Este é o primeiro mecanismo, no qual o próprio magistrado reduz sua atuação probatória embasado na efetivação do direito fundamental à imparcialidade do órgão julgador. Mas caso este falhe, qual seria o caminho a ser tomado?

Como seres humanos os magistrados muitas vezes no ímpeto de distribuir justiça não percebem que se transformam em verdadeiros inquisidores, acabando por buscar durante todo o deslinde do processo uma prévia convicção, o que em muito pode perturbar a marcha processual.

Atualmente não há previsão expressa de nenhum recurso no Código de Processo Penal para esta conduta claramente violadora de um direito individual e fundamental do acusado. Isto porque não estamos diante de hipótese de suspeição ou impedimento, trata-se do caso em que o juiz por formular uma prévia convicção passa a conduzir a produção probatória ou buscar suprir falhas da acusação, condutas que irão refletir em claro prejuízo da defesa, podendo inclusive redundar em condenação penal e imposição de pena privativa de liberdade.

É neste sentido que surge como única solução a utilização do Habeas Corpus, como instrumento de controle do devido processo legal, vez que se este não for respeitado de forma mediata a liberdade individual será suprimida e nada é mais violador dessa garantia do que ser julgado por alguém que formula sua convicção e atua no processo de forma a direcioná-lo a prévia convicção.

Portanto a dimensão preventiva do Habeas Corpus é essencial para impedir que provas sejam produzidas em violação à garantia individual e fundamental da imparcialidade do órgão

⁶⁵ ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Paraná: Edições Podivm, 2006, pg. 162.

jugador. No Brasil é importante tanto para garantir a legalidade do inquérito policial como da ação penal e, portanto, do devido processo legal, sendo assim um importante instrumento de garantia da liberdade individual do cidadão.

Ainda que no Supremo Tribunal Federal seja muito questionável a utilização deste instrumento na esfera preventiva é o melhor remédio para erradicação do arbítrio estatal causadas pela atuação de um juiz inquisidor.

CONCLUSÃO.

Historicamente adverte, com razão, Pimenta Bueno: “Que faz o juiz quando procede *ex officio*? Constitui-se simultaneamente julgador e parte adversa do delinquente; dá denúncia a si próprio, escolhe as testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por fim, avalia as provas que ele criou, e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma?”⁶⁶.

Hoje com a atuação instrutória do órgão julgador nos moldes em que vem ocorrendo na praxe jurídica acabou-se por resgatar um cenário jurídico temerário as garantias individuais. Isto porque ainda que não seja o juiz que denuncia ele pode escolher testemunhas e inquire-as, perguntando o que julga conveniente; e, por fim, avalia as provas que ele criou e pronuncia ou não, como entende. Há nisto garantia alguma, tornolhes a perguntar?

Na realidade temos um verdadeiro retrocesso na proteção de direitos fundamentais, no caso a garantia individual do acusado à imparcialidade do órgão julgador.

Assim os artigos do Código de Processo Penal, que determinam o poder instrutório do juiz, só serão interpretados conforme a constituição e o Estado Democrático de Direito se

⁶⁶ BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5ª. ed. Revista dos Tribunais, pg. 105-106.

entendido que a iniciativa probatória do juiz é marcada pelo caráter suplementar da atividade probatória das partes, diante da dúvida relevante para a decisão da causa, devendo, logo após, abrir vista para as duas partes se manifestarem, sempre na ordem sucessória da acusação e depois o réu, exigência necessária a um contraditório substancial. Somente assim o princípio substancial da imparcialidade será preservado permitindo-se também o esclarecimento de dúvida relevante.

O juiz não pode buscar, perseguir e investigar uma fonte de prova⁶⁷ ou meio de prova⁶⁸, pois esta atuação configura a postura de um juiz inquisitório, o que ele pode é simplesmente valorar os elementos de prova⁶⁹. Inclusive o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADIN 1.570-DF relativa ao art. 3º, da Lei 9.034/95 já decidiu pela ilegitimidade da atuação de ofício do órgão julgador na fase de investigação. Mas deve-se entender que esse posicionamento deve ser expandido para a fase processual e somente se a casuística justificar um sopesamento diverso é que será legítima esta atuação proativa.

Portanto a interferência no princípio da busca pela verdade real no processo penal é mínima com a adoção de uma posição de neutralidade e passividade do órgão decisório, visto que esta é na realidade uma verdade aproximativa, ao passo que a interferência no princípio da imparcialidade, em regra, será máxima quando o órgão decisório atuar ativamente na instrução processual. Na prática é muito difícil separar uma atividade comprometida com a formação de juízos prévios com a ativi-

⁶⁷ A expressão fonte de prova introduz a ideia de descobrir aonde as provas se originam, é a busca por vestígios, locais, coisas ou pessoas de onde será extraída a prova.

⁶⁸ Meio de prova é a forma que se utiliza para inserir ou materializar a fonte de prova dentro do processo, pois se esta continuar alheia aos autos em nada irá interferir no julgamento. São admitidos todos os meios diretos ou indiretos, previstos ou não em lei, utilizados instrumentalmente para provar os fatos desde que submetidos a garantia do contraditório.

⁶⁹ Elemento de prova é aquela prova já produzida, mas ainda não avaliada pelo juiz, ainda não valorada, quando o juiz valora chamamos de resultado probatório, é o resultado final sobre a prova, resultado final do Judiciário.

dade exclusivamente voltada a esclarecer a verdade dos fatos, como estes ocorreram na realidade.

A vertente substancial da garantia individual a imparcialidade deve ser efetivada no processo penal constitucional, o que será alcançado primordialmente se forem minimizados os prejuízos decorrentes da formação de juízos prévios de convicção, apontando a equidistância (*nemo iudex sine actore* e *ne procedat iudex ex officio*) do órgão decisório. Este passa a se abster de controlar a marcha processual, atuando apenas na fiscalização da efetivação dos direitos fundamentais e das regras atinentes a instrução, a fim de assegurar a participação das partes no contraditório, bem como o equilíbrio de forças entre as partes processuais, ou seja, concretizando o devido processo substancial.

Assim o sistema processual penal necessário e adequado ao Estado Democrático de Direito deve efetivar os direitos fundamentais e principalmente os direitos fundamentais individuais quando se pretende impor uma medida restritiva de liberdade humana.



BIBLIOGRAFIA:

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, 2008.
- ALMEIDA, Gabriel Bertin de. *Os Limites da Presunção no Processo Penal*. Artigo IBCCRIM Revista Liberdades - nº 3 - janeiro-abril de 2010.
- AMADO, Juan Antonio Garcia. *Risco e o Direito Penal de um Estado Democrático de Direito*. in Terrorismo y Estado de Derecho, José Ramón Serrano-Piedecabras e Eduardo Demetrio Crespo (Directores). Madrid: Iustel, 2010.

- BARROS, Marco Antonio. *A busca da verdade no Processo Penal*. São paulo: Revista ds Tribunais, 2002.
- BECHARA, Fabio Ramazzini. *Criminalidade Organizada e Procedimento Diferenciado: entre Eficiência e Garantismo*. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 5ª. ed. Revista dos Tribunais.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito Tributário, Linguagem e Método*. São Paulo: Noeses, 2008.
- DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. *Curso de Processo Penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6ª ed., 2010.
- FERRARI, Eduardo Reale. *Legislação Penal Antitruste: Direito Penal Econômico e sua Acepção Constitucional*. COSTA, José de Faria & SILVA, Marco Antonio Marques da (coordenadores). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FILHO, Antonio Magalhães Gomes. *Significado da Presunção de Inocência*. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - Visão Luso-Brasileira* - Coord. Costa, José de Faria & Silva, Marco Antonio Marques da - São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FOUCUALT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de

- Janeiro: Nau, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As Nulidades no Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- MARQUES, Luiz Guilherme. *A Psicologia do Juiz*. 2004.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: J. de Oliveira, 2001.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. *Código de Processo Penal comentado/ Marco Antonio Marques da Silva, Jayme Walmer de Freitas*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- STRECK, Lênio Luiz. *O Princípio da proibição da proteção deficiente (untermassverbot) e o cabimento do Mandado de Segurança em matéria criminal: superando o ideário liberal-individualista-clássico*. Disponível em: www.leniostreck.com.br. Acesso em: 27 de março de 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Editora: Livraria do Advogado.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. *A prova no direito tributário*. São Paulo: Noeses, 2005.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- ZAPATERO, LUIS ARROYO. *Derecho Penal Económico y Constitución*. Revista Penal, vol. 1, Barcelona: 1998.
- ZOLLINGER, Marcia Brandão. *Proteção Processual aos Direitos Fundamentais*. Paraná: Edições Podivm, 2006.
- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.